

Moderní genetika a naše současné rodinné právo

JIŘÍ HADERKA

Soudobá medicína klade stále více otázek právníku: byť by jej nejednou přiváděla do nemalých rozpaků svízelností problémů, které po společenské stránce její pokrok s sebou přináší, je posléze nucen říci své slovo. Čím později, pak platí, že tím hůře pro něho, neboť vývoj se pak dere vpřed až živelně a může být značně těžké, svést jej do takového řečiště, které mu dá kýženou dráhu a směr.

Tak právo bylo nuceno již potýkati se s problémy resuscitace a okamžiku smrti, s otázkami přípustnosti odebírání tkání ex mortuo i ex vivo a jejich trasplantacemi, s experimentováním při zkoušení léčiv, s problémy vysoce radikálních a málo vyzkoušených chirurgických výkonů apod.

K tomu všemu v poslední době přibývá další problémový okruh, vyplývající z pokroku v moderní genetice a v disciplínách, k ní se družících, který jde vpřed, jak se zdá, s rostoucí akcelerací.

Zvláště zde bylo by asi ze společenského hlediska nebezpečné, kdybychom se dali zaskočiti a z hlediska svého oboru nezačali promýšlet přiměřená řešení, neboť možnosti, které z pokroku znalostí v genetice vyvstávají, nejednou jsou s to při jejich realizaci tangovat i dosti široké vrstvy populace.

Lze proto vítat, jestliže lékaři a juristé společně hledí k těmto otázkám přistupovat.¹⁾

Pojednání, které by mělo ovšem vyčerpat úplně takové téma, muselo by být velmi rozsáhlé. V této stati omezím se proto jen na některé kapitoly a to jen z hlediska rodinného práva, zatímco ponechám stranou ostatní právní problematiku, až na souvislé statusové problémy: zbude tak dále

¹⁾ Těmito problémy se zabývalo např. nedávno symposion na téma „Společenské a právní problémy, spojené s úspěchy moderní medicíny“, konané v rámci III. čs. medicínsko právní konference s mezinárodní účastí v Bratislavě ve dnech 30. 8. až 2. 9. 1972. Pokud jde o problémy genetiky, tu po medicínské stránce se jimi zabýval společný referát J. Nečásky—M. Černého—J. Kaprase—J. Adamce: „Lékařská genetika a některé její právní aspekty“, po právní stránce referát autora této stati, která je jeho dalším prohloubením a rozpracováním.

velký konglomerát problémů, který spíše spadá do odvětví práva správního, pracovního, resp. i dalších právních odvětví. Snad tato stať aspoň poskytne impuls k jejich rozebrání k tomu povolány odborníky.

I. PŘEDSŇATKOVÉ LÉKAŘSKÉ PROHLÍDKY (EXAMINATIONES MEDICALES PRAENUPTIALES)

Rozvodová statistika uvádí v souboru příčin rozvodu nemoc některého z manželů, případně neplodnost a dále sexuální neshody, jako důvody rozpadu manželství, poměrně málo početné.²⁾

Lze však vyslovit důvodnou skepsi nad tím, že by zdravotní stav manželů — a také jejich potomstva — hrál jen nevýraznou vcelku úlohu pro zdar budoucího manželství. Zde třeba pamatovat na to, že do rozsudku, povolujícího rozvod manželství, se promítne jen to, co je soud schopen po skutkové stránce zjistit v průběhu řízení. To pak — i při zásadě oficiálního zjišťování materiální pravdy — je značně odvislé na té konstrukci příčin rozvratu, s níž účastníci předstupují před soudní forum, jakožto s optimální z jejich hlediska. Nad to je zde problematika časté plurality příčin rozvratu, primárnosti a sekundárnosti jednotlivých z nich, to vše v relaci k obtížnosti při zjišťování toho, jak se věci opravdu měly.

Nepochybím patrně, vyslovím-li na podkladě zkušeností z forezní praxe hypotézu, že v nikoliv zanedbatelném počtu případů, podstatně větším, než figuruje v soudní statistice, úspěch budoucího manželství závisí na tom, aby se oba manželé těšili dobrému zdraví, nebo aspoň takovému, aby žádný z nich netrpěl chorobou, která by ohrožovala život či zdraví druhého partnera nebo zdraví potomstva, případně která by jinak znemožňovala či podstatně ztěžovala, aby manželství mohlo plnit svou společenskou funkci. Naopak zdravotní defekty výše uvedeného druhu působí často jako rozkladný prvek v manželství a rodině, nebo nesou s sebou přinejmenším značně psychické zátěže pro všechny zúčastněné.

Některé sociologické výzkumy zdají se tuto hypotézu potvrzovat, stejně tak, jako techniky pro predikci.³⁾

Po výše uvedené stránce může značně neblaze působit, dojde-li k narození defektních dětí.

Zde nutno odkázat na odbornou literaturu,⁴⁾ avšak jen velmi stručně si připomeňme v souhrnu několik poznatků moderní genetiky:

Při autozomálně dominantních dědičných chorobách, které se obvykle vyskytují ve více generacích, nemocní členové rodiny mají v průměru asi 50 % nemocných dětí. Přenos a výskyt těchto chorob není závislý na po-

²⁾ K tomu viz např. V. Srb: Demografická příručka, Praha, Svoboda 1967, str. 103.

³⁾ Zde odkazují na literaturu, mnou citovanou v mém článku „Právní ovlivňování předsňatkových negativních faktorů“ v Právním obzoru č. 2/1972.

⁴⁾ Viz např. B. Sekla: Dědičnost v přírodě a společnosti, Praha 1937, M. Černý: Lékařská genetika, Praha 1967, týž: Rodina a dědičnost, Praha 1971, H. Kalmus: Otázky genetiky, Praha 1967, G. R. Taylor: Biologická časovaná bomba, Praha 1970.

hlaví. Řada chorob sem spadajících, jako rozštěp rtu a patra, některé nádory, včetně zhoubného nádoru ledvin, dále malý oční bulbus nebo vrozené chybění bulbu, chybění čichu, vrozená hluchota, Hirschprungova choroba aj., znamenají vážné omezení životních možností lidského jedince a leckdy i zkrácení jeho života. Z medicínsko-genetického hlediska by u této skupiny dědičných chorob patrně nemocní potenciální rodiče neměli riskovat přenos onemocnění na své potomstvo vůbec a měli by zůstat bezdětní.

Pokud jde o neúplně dominantní a kodominantní dědičné choroby, jako různé hemoglobinopatie, hypercholesterolémie, cystinurie, hemochromatózy, Gilbertův syndrom apod., pak i jejich důsledky jsou značně závažné. Z toho plyne genetický požadavek, že by ze strany osob, jimi trpících nemělo docházet k příbuzenským sňatkům a v těch rodinách, kde jeden z rodičů je homozygotní a má vážnou chorobu této skupiny, by se měl zdržet toho, aby měl vlastní potomstvo.

Z jiných genetických poznatků uveďme si na mysl, že ani dědičnost autozomálně recesivní není bez nebezpečí. Uzavrou-li sňatek dvě osoby, trpící chorobou této skupiny, pak sice jejich děti mohou být zdravé, mohou však být nositeli dvou různých recesivních alel (např. pro vrozenou hluchotu, vrozenou nedoslýchavost, vrozenou hluchoněmost, oligofrénií, fenylketonurii apod.). Genetikové proto zdůrazňují, že u osob, pocházejících z takového manželství je důležité, aby neuzavřely sňatek s jedincem, v jehož rodině se vyskytuje stejná choroba, nebo aby nedošlo k příbuzenskému sňatku — pakliže nupturienti pomýšlejí na to, mít vlastní potomstvo.

Bude také na místě připomenout i dědičné choroby, vázané pohlavně, při nichž jsou rovněž nežádoucí příbuzenské sňatky. Půjde-li dědičnost recesivní, vázanou na chromozom X, pak všechny děti nemocných mužů budou zdravé, ale všechny jejich dcery při tom budou přenašečkami choroby (heterozygotní) a nemoc se objeví v další generaci u 50 % jejich synů (např. daltonismus, hemofilie typu A nebo B).

Pokud jde o matroklinní typ dědičnosti, budíž učiněna zmínka o diabetes mellitus.

Znalost těchto různých nebezpečí může přispět k vystříhání se jich nebo aspoň ke zmírnění jejich následků. Kromě prevence a kurativy, pohybující se na poli čistě medicínském, ve vztahu k lidskému jedinci, spadá sem i možnost použití některých genetických opatření, která tangují i úpravu meziosobních vztahů, a kde tedy výrazně připadá v úvahu i možnost regulace právní.

V úvahu při tom připadá:

a) Připuštění umělé interrupce, mělo-li by se narodit při dědičnosti vázané pohlavně, dítě pohlaví nežádoucího, to vše s ohledem na to, že při nynějším stavu lékařské vědy lze určit pohlaví plodu již v časných stádiích těhotenství. Tento zákrok by umožnil, aby k donošení byl ponechán jen takový plod, u něhož genetické riziko dáno nebude a bude prognóza pro to, že z něho vzejde zdravé dítě.

b) Nebránění spontánnímu potratu u těhotných žen za existence gene-

tického rizika pro očekávané dítě, když dosavadní medicínské poznatky nasvědčují tomu, že více než 60 % spontánních potratů v časných stádiích těhotenství je podmíněno anomálním vývojem plodu.

c) Zavedení sterilizačních nebo dokonce kastračních opatření, je-li dána prognóza pro narození těžce defektního potomstva, jmenovitě po té, co se již takovéto potomstvo dříve narodilo.

d) Legalizování umělých oplodnění ženy, jako dalšího právního institutu vedle adopce, ke získání potomstva per viam partialiter naturalem.

e) Zavedení určitých právních kautel, čelících neuváženému uzavírání geneticky nežádoucích sňatků.

Problematika, uvedená ad a—c spadá výlučně do odvětví práva správního: její řešení souvisí s případnou reformou právní úpravy, obsažené v zákoně č. 68/57 Sb. o umělém přerušení těhotenství, s prováděcím vl. nařízením č. 126/62 Sb., ve znění novel 95/64 Sb., a 54/66 Sb. a směrnic č. 28/66 Věst. min. zdrav., posléze s § 27 zák. č. 20/66 Sb. o zdraví lidu v souvislosti se směrnicí č. 1/72 Věst. min. zdrav. ČSR. Touto, jinak velmi delikátní problematikou, se zde zabývat nemohu, abych nevykročil z daného tématu.

O problematice ad d) uvedené pojednám sub. IV. Zbývá tedy zaměřit se na otázku právních kautel, zmíněných sub. e).

Jde ovšem o problém značně širší, než je genetický: vždyť tytéž kautely mohou přijít v úvahu i vzhledem k výskytu jiných závažných chorob, než těch, které jsou významné pro svou dědičnost. Budou to např. venerická onemocnění, aktivní TBC, různé duševní choroby atd.

Zdá se, že základní požadavek, který moderní genetika—a medicína vůbec—si po této stránce diktuje, je to, že každý z nupturientů by měl být náležitě informován o zdravotním stavu svého partnera.

Přijmeme-li jej, pak to dále znamená, že se klade otázka, zda právní řád nemá nupturientu přiměřeným způsobem zajišťovat, že se mu takovéto informace opravdu dostane a lze-li toto vše svěřit jen uvědomnělosti a svědomitosti partnerů samých.

Po stránce, abych tak řekl, právně-technické, šlo by o normování dvou, na sebe navazujících opatření:

— zjištění zdravotního stavu každého z nupturientů na základě obligatorního lékařského vyšetření,

— seznámení každého z nich s takto zjištěnými výsledky ohledně nich obou.

Po stránce právně-politické vzniká však dilema, zda k zavedení těchto, zajisté značně pronikavých zásahů se má přikročit.

Proti uzákonění těchto opatření mohou být podle mého názoru dvě hlavní námitky:

a) Především jde o to, že se jedná o nemalý zásah do osobní sféry občana a to v relaci k nejintimnějším vztahům.

Nutno pomýšlet na to, že vyšetření, má-li být účinné, nemohlo by se patrně omezit jen na nejzákladnější internistickou prohlídku, ale mohla by vzejít i potřeba některých dalších odborných vyšetření. U žen by patrně stěží bylo lze obejít se např. bez vyšetření gynekologického, které by ne-

zůstavilo stranou ani to, zda se jedná o virginen intactam, či nikoliv a v posléze uvedeném případě ovšem i to, zda žena je těhotná. Pokud by ženě ve vztahu k jejímu partnerovi záleželo na tom, aby tyto okolnosti mu zůstaly neznámy, pak třeba si klást otázku, zda zamýšlená úprava by nevedla k růstu nervových potíží a stressů u těchto pacientek, eventuálně k vzestupu suicidálních pokusů či k růstu křivky uchazeček o interrupci.

Třeba také vážit, zda by snad okolnost, že do těchto osobních věcí mají být zasvěceny třetí osoby, nebyla faktorem odrazujícím snad od uzavírání sňatků a stimulujícím konkubináty a jiná volná spojení.

b) Dále jde o to, zda za současných našich poměrů zdravotnický aparát je s to takovýto úkol zvládnout, když by se muselo počítat ročně přibližně s prohlídkou circa 110 000 snoubeneckých párů.

Pro uzákonění takového opatření lze uvést jako důvod to, že důsledky geneticky (a zdravotně vůbec) nežádoucího sňatku jsou té povahy, že se týkají nejen nupturientů samotných, ale že postihují i jiné osoby, jmenovitě budoucí děti a zasahují i společnost jako takovou, když na ní pak namnoze je, aby pečovala svými silami a prostředky o zmírnění či odstranění stavu, který takto nastal.

Není opravdu snadné rozhodnout, které hledisko má převážít.

Je také ještě jiná možnost: a to je kompromis mezi oběma skupinami důvodů.

Takovou cestou šla nynější platná československá právní úprava.

Jak známo, v § 2 zák. o rodině č. 94/63 Sb. (dále jen „ZR“) se stanoví, že občané, kteří spolu chtějí uzavřít manželství, mají předem poznat také svůj zdravotní stav z toho hlediska, aby mohli založit manželství, které splní svůj společenský účel. Podle § 6 odst. 1 ZR nupturienti jsou povinni před oddávajícím orgánem prohlásit, že oba navzájem znají svůj zdravotní stav. To stvrzují také i písemně v žádosti o uzavření manželství na příslušném formuláři SEVT 030 110. I během sňatkového obřadu samotného matrikář, představující snoubence oddávajícímu, je povinen uvést, že tito prohlásili, že svůj vzájemný zdravotní stav znají (viz směrnici min. vnitra č. 128/55 Sb. instr.). Určitou půdu pro vysvětlování významu zdraví pro úspěch manželství i pro potomstvo z něho, poskytují povinná výchova k rodičovství, zavedená jak na ZDŠ (viz metodický návod MŠ ČSR, Učitelské noviny č. 32/72), tak zejména i na školách II. cyklu (viz zásady pro tuto výchovu, publikované v Učitelských novinách č. 24/72) a posléze tzv. pohovory se snoubenci, zpravidla organizované za pomoci Sborů pro občanské záležitosti při národních výborech, s účastí právníka a lékaře.

Tato právní úprava má ráz legis imperfectae. Zajišťuje pouze nupturientům poučení o významu eugeniky, ale neposkytuje žádné záruky toho, že opravdu budou znát z rozhodujících aspektů svůj vlastní zdravotní stav a tím méně zdravotní stav svého budoucího partnera. Apeluje na ně pouze, aby tuto stránku problému nezanedbali. A to je vše.

Zákonodárce nešel tedy tak daleko, jako při úpravě osvojení, kde v § 70 ZR nařídil povinné lékařské prohlídky účastníků zamýšleného právního vztahu a jejich obeznámení s výsledky těchto prostřednictvím soudu.

Ostatně v tomto ohledu nevybočil z řady většiny právních úprav evropských socialistických států, které jen vyslovují s větším či menším důrazem zásadu, že nupturienti mají svůj zdravotní stav poznat, aniž by obsahovaly kautely, že se tak skutečně stane. Tak podle čl. 150 Kodexu o brance i semje RSRSR z r. 1969 se oddávající orgán má přesvědčit, zda nupturienti svůj vzájemný zdravotní stav znají. Podle čl. 10 platného rumunského rod. kodexu mají rovněž nupturienti prohlásit, že jejich vzájemný zdravotní stav je jim znám; pamatuje se též na to, že zvláštní zákon může zapovědět manželství mezi osobami, trpícími určitými chorobami. V čl. 27 platného jugoslávského zákl. zákona o manželství jsou nupturienti povinni prohlásit, že se vzájemně informovali o svém zdravotním stavu, zvláště pokud jde o TBC a venerické choroby. Podle nynějšího bulharského rod. kodexu platí kautely nejdůraznější: v jeho čl. 5 je stanoveno, že každý nupturient musí předložit oddávajícímu orgánu lékařské vysvědčení, že netrpí chorobami, uvedenými v čl. 9 lit. b), c). Jsou to choroby, pro něž byl již občan zbaven svéprávnosti nebo by jí mohl být zbaven pro duševní chorobu nebo slaboduchost a také jiné choroby, které mohou vést k vážnému ohrožení života nebo zdraví druhého partnera nebo potomstva. Pokud by druhý partner o posléze uvedené chorobě nevěděl, bylo by také takové manželství nemožno platně uzavřít.

Rodinně právní úprava polská, maďarská, NDR a albánská se naopak výslovné regulace této materie zdržuje.

Problémy zdravotního stavu snoubenců se promítaly také do některých právních úprav kapitalistických států.

Tak podle francouzského Code civil (čl. 63 odst. 2 ve znění novely z r. 1945) nemůže dojít k publikaci ohlášek, resp. při jejich prominutí k sňatku, pokud každý z nupturientů nepředloží lékařské vysvědčení, ne starší 2 měsíců, prokazující bez dalších údajů, že dotyčný prošel lékařskou prohlídkou z hlediska uzavření manželství. Tato úprava tedy skýtá garanci povinné lékařské prohlídky, nikoliv však již obeznámení se navzájem se zdravotním stavem druhého snoubence, což je zůstaveno jen svědomitosti jeho partnera. Ani oddávající orgán výsledek prohlídky nezná.

Některé právní úpravy (finská z r. 1929, švédská z r. 1920) nedopouštěly uzavření manželství ze strany osob, trpících jistými chorobami, jmenovitě venerickými, bez souhlasu určitých zdravotnických orgánů. Dánská novelizovaná úprava z r. 1922 stanovila, že kdo trpí venerickou nakažlivou chorobou, nebo dědičnou chorobou, může uzavřít manželství pouze tehdy, je-li druhý partner o chorobě informován a oba nupturienti obdrželi od lékaře ústní poučení o možném nebezpečí, z tohoto zdravotního stavu plynoucím.⁵⁾

V USA v řadě států unie byl již poměrně dávno uzákoněn zákaz uzavření manželství, trpěl-li některý z nupturientů venerickou chorobou v in-

⁵⁾ K tomu viz. S. Szer: Prawo rodzinne, Warszawa, 1966, str. 40.

fekčním stádiu a byly zavedeny povinné testy na některé choroby, jmenovitě pohlavní.⁶⁾

Mám vážné pochybnosti o tom, zda naše platná právní úprava může z hlediska stupně vývoje, dosaženého naší společností, stačit již sledovanému cíli.

Ani nadále nějaký error in qualitate druhého nupturienta, vyjma erroru in persona, nebude asi žádoucí považovat za důvod k prohlášení manželství za neplatné — a ostatně takový zákrok ex post patrně mnoho ani nemůže napravit na společenských škodách, již vzniklých.

I nadále bude asi pokračovat dlouhodobý trend k poklesu živorodosti v naší populaci a tím spíše bude růst nárok na to, aby příští generace byla z eugenického hlediska složena co nejlépe.

I když zkušenosti s realizací záměru, uvedeného v § 70 ZR přes prováděcí instrukce⁷⁾ nejsou příliš povzbuzující pro liknavost současné soudní praxe, která se leckdy spokojuje s potvrzeními, spíše se rovnajícími dokladu o bezinfekčnosti, namísto zamýšleného vyšetření několika lékařskými specialisty, pak toto by nemusilo být ještě faktorem odrazujícím od zavedení pronikavější a důraznější úpravy de lege ferenda.

Bylo-li by naše zdravotnictví schopno takový úkol zvládnout, pak patrně optimální by bylo reformování platné právní úpravy s přihlédnutím k modelu francouzskému a bulharskému tak, že by byly zavedeny povinné lékařské prohlídky před uzavíráním sňatku, prokazované národním výboru, před nímž má být sňatek uzavřen předložením dokladu o tom, který není starší několika měsíců; při tom tento doklad by obsahoval pouze údaj o tom, že prohlídka byla absolvována a že dotyčný netrpí ani poruchou či abuzem z hlediska § 10 obč. zák. č. 40/64 Sb. významnými, ani chorobou, která by mohla ohrozit život či zdraví druhého nupturienta či společného potomstva. Pouze některé nemoci, jako u otevřené TBC, určitých venerických chorob a závažných dědičných chorob by byl lékař povinen uvést zjištěnou diagnózu a oddávající orgán by byl povinen za účasti lékaře obeznámit druhého nupturienta s nebezpečími, z nich plynoucími, resp. tyto by tvořily impedimentum matrimonii, dispensabilní jen rozhodnutím soudu.

To by ovšem vyžadovalo kromě novelizace § 2 a 6 odst. 1 jakož i 14 ZR ještě novelizaci § 50 vyhl. č. 182/59 Ú. 1., vydané k zákonu o matrikách č. 268/49 Sb., i sekundární předpis, opřený o příslušné zmocnění, určený pro zdravotnické orgány, pojednávající o rozsahu vyšetření, které by bylo třeba provádět.

Taková úprava by patrně v maximální přijatelné míře šetřila od úředních zásahů osobní sféru občana, když jen ve vyšším důrazném společenském zájmu by zde byl průlom do sféry nesdělitelnosti jeho zdravotního

⁶⁾ E. R. Groves—G. H. Groves: The Contemporary American Family, str. 537.

⁷⁾ Viz metodický návod min. zdravotnictví ČSR pro hodnocení zdrav. stavu osvo-jenců a svojitelů čj. LP/2-254-13. 3. 69, přetisknutý jako sdělení č. 7 ve Sbírce instrukcí a sdělení min. spravedlnosti ČSR v částce 3—4/1969, str. 8.

stavu komukoliv. Jinak by zaručovala jen jeho vlastní plnou informovanost a apelovala by na jeho svědomitost a vědomí odpovědnosti vůči druhému partneru. Intensivněji by tohoto chránila jen tam, kde riziko je neúměrně velké, než by věc bylo možno zůstat bez důkladnější garance.

II. OSOBY S NEURČITOU POHLAVNÍ PŘÍSLUŠNOSTÍ (PERSONAE INCERTI SEXUS)

Osoby s nediferencovanou pohlavní příslušností, resp. s pohlavní příslušností spornou, tvoří jen malý zlomek populace. Poněvadž však ve vztahu k nim soudobá medicína již nepřistupuje jen s léčbou medikamentózní, ale i s chirurgickými zákroky, vzcházejí ohledně nich nové právní problémy. Podobně jako v zahraničí⁸⁾ předstupují s nimi i u nás lékaři před právníka a jsou si vědomi významu juristického aspektu celé této bolestivé lidské problematiky.⁹⁾

Některými dílčími otázkami této problematiky jsem se proto zabýval již dříve,¹⁰⁾ avšak diskuse, které na to následovaly, vedou mne k tomu, abych se v širším záběru k některým z těchto problémů vrátil.

Po stránce biologicko-medicínské půjde nám o dvě skupiny osob: intersexuály a transsexuály.

Poměrně značně zjednodušeně můžeme definovat tyto skupiny takto:

Intersexuálové (hermafroditi) jsou osoby s nikoliv jednoznačně vyvinutým pohlavním ústrojím typu maskulinního nebo femininního, nýbrž s pohlavní příslušností neurčitou.¹¹⁾

Pohlavní rozlišení se totiž při normálním vývoji děje již během ranného vývoje lidského plodu na podkladě genetické determinace, podle chromosomálního vybavení. Základní význam pro vývoj vnitřního i zevního genitálu mají z hormonů patrně jen fetální androgeny. Někdy se objevuje patologický genetický základ, neboť někteří jedinci nemají chromozomy v obvyklém počtu nebo obvyklé struktury, což se pak projevuje i v jejich pohlavním vývoji.

Kromě chromozomálních anomálií, jako je Klinefelterův syndrom, nebo syndrom Sereševského—Turnera apod., vyskytují se i případy vzniku patologicky obojetných gonád, ovotestes, takže taková osoba je pak pravým hermafroditem, majíc současně pohlavní vnější i vnitřní ústrojí jak mužské, tak i ženské. Vedle toho pozůstává i jev maskulinního nebo femininního pseudohermafroditismu, když takto geneticky postižený jedinec nemá souhlasně vyvinutý zevní genitál s genitálem vnitřním.

⁸⁾ Viz např. D. W. Meyers: *The Human Body and the Law*, Edinburgh, 1970, str. 203.

⁹⁾ Viz symposion na Bouzově 17. 9. 1969 „O soudně-lékařských otázkách transexualismu“ a symposium 14.—15. 9. 1972 v Košicích „Nediferencované pohlavie — Poruchy pohlavního vývoje“.

¹⁰⁾ J. Haderka: Některé statusové a rodinněprávní problémy, pojící se k transexualismu a tzv. operaci typu sex conversion, *Socialistické soudnictvo* č. 6/72.

¹¹⁾ Viz k tomu zejména M. Černý, op. cit., dále J. Hynie: *Lékařská sexuologie*, Praha 1968, díl I.

Tyto intersexuální osoby nejsou však bez lékařské pomoci schopny zpravidla vůbec sexuálních styků, přesněji řečeno coitu, nejsouce ani mužem, ani ženou v somatickém smyslu, když nejsou z hlediska žádného z těchto pohlaví plně normálně vyvinuty. I když dojde pak k operačnímu zásahu, doplněnému medikamentózní léčbou, jejich stav se zřídka upraví natolik, že by mohly mít *per viam naturalem* děti.

Klinická sexuologická praxe dospívá k poznatku, že přiřazení těchto osob k mužskému či ženskému pohlaví pro účely matričního zápisu do knihy narození, které se má dít podle převažujících znaků jak konstantní správní praxe požaduje, nemusí vždy dopadnout právě šťastně. Vyšetření pohledem či pohmatem namnoze nestačí, je třeba i odborných testů (např. na sex-chromatin). Některé jevy, jako testikulární feminisace, nejsou v tomto stupni vývinu po narození ani dosti dobře rozpoznatelné. I jinak při veškeré opatrnosti a postupu *lege artis* může dojít k omylu v určení pohlaví nebo k té situaci, že jasnější vyhranění a překlón k opačnému pohlaví přinese až další vývoj jedince, přičemž roli hraje i celkový habitus, včetně psychického ustrojení a teprve vzhledem k tomu se projeví potřeba původní určení pohlaví zkorigovat. Podle toho také pak je případně třeba přistoupit i k operaci typu sex-reassignment a upravit hormonální léčbu v souladu s parolou *ubi vergitur natura — eo est ducendum*.

Tyto osoby jsou pak při zdaru léčby schopny zařadit se do života jako příslušníci mužského, nebo ženského pohlaví a to i v oblasti intimních vztahů. Zmíněná operace totiž uzpůsobí již existující genitál tak, aby mohl plnit svou přirozenou funkci.

Jinak je tomu, pokud jde o fenomén transsexualismu.

Transsexuál je totiž osoba, která je somaticky zcela vyhraněně příslušníkem buď mužského, nebo ženského pohlaví, jsouc na podkladě chromozomového vybavení opatřena gonádami některého z těchto pohlaví v jednoznačné podobě, takže nejde o nějakou nevyhraněnost, pokud jde o genitál. Transsexuální osoba však psychicky cítí kontrézně ke svému somatickému fenotypu a usiluje o ztotožnění s opačným pohlavím. Jedná se u ní o vrozenou psychickou poruchu, ne zcela dosud jasné etiologie a pathogenesy, plynoucí patrně z vývojové vady nervových oblastí, řídících sexuální citění a chování. Určitých úspěchů co do zklidnění pacienta, který jinak nejednou sahá k automutilaci, aby dosáhl svého cíle, nebo k suicidálním pokusům, nikoliv snad jen demonstrativního rázu, se dosahuje medikamentózní léčbou či psychoanalyticky ztěží. Zdá se však, že určité výsledky přináší sex-conversion operation, tj. plasticko-chirurgický zásah, který jej vybaví nápodobou těch zevních pohlavních orgánů, které si pacient žádá, při odstranění těch, kterých se chce zbavit. Takováto „atrapa“ však je zcela umělá a nemůže plnit přirozené funkce zevního genitálu.

Netřeba snad zdůrazňovat, že celý náš právní řád — ostatně jako všechny ostatní právní řády, je založen na bipolaritě pohlaví. Příslušnost k některému z nich nese s sebou řadu významných právních důsledků a to i mimo oblast práva rodinného. Tak je tomu např. v oblasti správního práva, pokud jde o plnění vojenské branné povinnosti, nebo v pracovním

právu, pokud jde zejména o zvláštní úpravu pracovních podmínek žen, dále těhotných žen a matek malých dětí apod.

Jedinec, který somaticky je intersexuální, nebo který psychicky je transsexuální, ocitá se tedy v značně nevýhodném postavení, jsa již od narození nucen vřadit se k určitému, právním řádem uznávanému sexu; to se stane úředně bezprostředně po jeho narození zápisem do knihy narození, „přidělením“ určitého jména a příjmení ve smyslu § 38 ZR a „přidělením“ příslušnosti k mužskému či ženskému pohlaví, to vše ve smyslu § 10 z. č. 268/49 Sb. o matrikách a § 37 a násl. vyhl. č. 182/59 Ú. l. Jak už řečeno, podle konstantní praxe, i když jde o hermafrodita, zapisuje se pohlavní příslušnost buď mužská nebo ženská, podle převažujících znaků, přičemž směrodatné je ovšem medicínské dobrozdání.

Intersexuálu, resp. transsexuálu ovšem v jeho pozdějším životě nejde o to, aby byl úředně uznán za nějaké neutrum, ale zpravidla o to, aby byl uznán za příslušníka jiného pohlaví, než pod kterým je dosud úředně veden, to vše zejména v souvislosti s tím, že prodělal operaci typu sex reassignment resp. typu sex conversion, které jsou u nás v zásadě přípustné, byť i za zachování určitých kautel.¹²⁾

Z hlediska rodinného práva přiznání příslušnosti k jinému pohlaví mívá pro tyto osoby význam zejména v souvislosti se záměrem uzavřít manželství, případně pokud již jsou vedeny jako ženaté či vdané, pak jde o to, zda jejich svazek legálním manželstvím je.

Podle § 1 ZR může manželství uzavřít pouze muž se ženou. Nemůže tedy manželství uzavřít muž s mužem a žena se ženou. Pak by nešlo ani o manželství neplatné, ale zřejmě o non-matrimonium, o neexistentní manželství.

Není patrně zcela jednoznačné, zda může manželství podle našeho platného práva uzavřít osoba, která nese znaky jak mužské, tak i ženské, nebo jsou-li oba nupturienti takovými osobami. Přísně formální hledisko by mohlo vést k mínění, že rozhodující jsou zde osobní doklady a to zda znějí na osoby odlišného pohlaví v době, kdy se manželství uzavírá. Osobně mám o tom značné pochybnosti, neboť pak (kromě rozvodu) nebylo by např. východiska ze situace, kdy v „manželství“ hodlá setrvat intersexuál, u něž se operací typu sex-reassignment se dosáhlo převahy znaků opačného pohlaví, než toho, k němuž byl původně přičten.

Otázka pohlavní příslušnosti může mít význam ovšem i pro vztahy parentální, zakotvené v rodinném kodexu: vždyť byla-li možná pravá konverse pohlaví, pak dítě transsexuální osoby by právně musilo ztrácet původního rodiče a musilo by právně mít dva stejnopohlavní rodiče, jakoliv paradoxně to zní. V jiné podobě by problém mohl vyvstat u intersexuální osoby, jmenovitě pokud jde o pseudohermofrodita po operaci typu sex-reassignment, byl-li by snad, ač je to pravdě nepodobné, získal potentiam generandi coby příslušník opačného pohlaví, než pod jakým byl původně veden.

¹²⁾ Viz sdělení min. zdravotnictví ČSR z 30. 3. 1971 ve Věst. MZ ČSR částka 1–2/71.

Okolnost, že při původním zápisu pohlaví určité osoby do matriky narození mohl pozůstávat vadný podklad v důsledku omylu medicínské expertízy, resp. to, že k vyhranění pohlavní příslušnosti může dojít i později přirozenou cestou, a nad to jsou možné operace typu sex conversion a sex reassignment, jakož i ovšem nejasnosti, které mohou pozůstávat již v souvislosti s podklady pro původní zápis, dávají možnost pro vznik sporů o to, jaká je správná pohlavní příslušnost lidského jedince, případně zda v ní došlo ke změně proti dřívějšímu stavu.

Nemusí jít jen o to, že dospělá a zletilá osoba po operaci by se chtěla domáhat změny zápisu, ale i o to, že např. u novorozeného dítěte medicínská expertiza bude rozporná a matrikář nebude mít spolehlivý podklad pro zápis určitého pohlaví novorozence, nebo že rodiče se budou domáhat zápisu jiného pohlaví, než jaký byl proveden.

Jaký právní postup má být potom zachován?

V první skupině případů půjde o požadavek změny zápisu v matrice. Pro takový případ stanoví § 20 zák. č. 268/49 Sb. a § 27 vyhl. č. 182/59 Ú. l., že podklad pro změnu zápisu má tvořit veřejná listina.

Pokud jde o druhou skupinu případů, půjde o sporný podklad pro provedení původního zápisu, když oznámení podle § 39 cit. vyhl. bude neúplné nebo nejasné nebo bude napadáno.

Pak ovšem se musíme tázat, kdo je oprávněn vydávat pro první skupinu případu veřejnou listinu, která by mohla sloužit jako podklad pro zápis, nebo kdo je oprávněn, aby autoritativně odstranil mezeru ve skutkovém podkladu oznámení o narození dítěte nebo dal bázi pro jiný zápis.

Pamatuje vůbec náš právní řád na to, jak se lze domoci ochrany právního zájmu na určení příslušnosti k určitému pohlaví? A jaký to je právní statek po hmotněprávní stránce?

Domnívám se, že odpověď nelze s úspěchem hledat jinde, než v § 11 občanského zákoníku č. 40/64 Sb.

Podle něho „občan má právo na ochranu své osobnosti, zejména života a zdraví, občanské cti, jakož i svého jména a projevů osobní povahy“.

Pokud jde o rozbor jednotlivých aspektů tohoto předpisu, chtěl bych odkázat na cennou monografii K. Knapa a J. Švestky, jejíž pojetí je mi z literatury k tomuto tématu publikované nejbližší.¹³⁾

Osobně se totiž domnívám, že tento předpis dává podklad pro konstrukci všeobecných osobnostních práv, která však kromě práva na tělesnou integritu a morální integritu, zahrnují i právo na uznání osobnostní identity, včetně příslušnosti k určitému pohlaví. I to je totiž jedna ze stránek ochrany osobnosti.

Procesně pak po této stránce § 11 OZ koresponduje předpis § 80 lit. a) občanského soudního řádu č. 99/63 Sb.

Tam, jak známo, je zakotvena možnost uplatnit návrhem na zahájení řízení požadavek, aby bylo rozhodnuto o osobním stavu, přičemž v zá-

¹³⁾ Viz K. Knap—J. Švestka: Ochrana osobnosti v čs. občanském právu, Orbis, Praha 1969, 289 str.

vorce se uvádějí otázky rozvodu, neplatnosti manželství, určení, zda tu manželství je či není, otázky určení otcovství, osvojení, způsobilosti k právním úkonům a prohlášení za mrtvého.

Nejen to, že úvodní pasáž obsahuje slovo „zejména“, ale i okolnost, že zde není uvedena např. agenda rozhodování o povolení uzavřít manželství podle § 194 OSŘ, svědčí o tom, že výčet v závorce je jen exemplifikativní.

Pro výklad pojmu věcí osobního stavu pak není bez významu pojetí § 1 zák. č. 268/49 Sb. v souvislosti s jeho § 10 a dále pak §§ 9,41 vyhl. č. 182/59 Ú. 1. Z toho všeho podle mého názoru třeba vyvodit, že určení pohlavní příslušnosti je rovněž věcí osobního stavu občana.

Jinak pro podrobnosti poukazuji na své vývody v článku, citovaném v poznámce sub. 10, od nichž nemám důvodu se odchylovat.

Zdá se však, že dosavadní praxe spíše tápá a že změny zápisů se provádějí, aniž náležitý právní podklad pro ně byl sjednán, když i soudy se brání této agendě.

Otázka naděje na úspěch v tomto řízení má ovšem pro intersexuála či transsexuála eminentní význam a je i důležitým indikátorem pro jeho ošetřujícího lékaře z toho hlediska, jaký medicínský postup má být zvolen. Je totiž otázkou, zda by mělo smysl přistupovat k operativnímu zásahu, pokud by v důsledku něho pacient nemohl i právně dojít svého cíle, aby totiž i právně mohl dosáhnout té pohlavní příslušnosti, o niž usiluje. Vyhovující rozsudek mu totiž otvírá cestu k dosažení změny zápisu v knize narození, k vystavení nového rodného listu s jiným údajem pohlaví s případně i jiného jména a jiného příjmení; to vše, jak už zmíněno může vytvořit podklad pro vyřešení maritálního postavení, pracovního uplatnění apod.

Zde se však let bumerangu obrací: právní řešení bude záviset především na odborné expertize, hlavně medicínské, ať už sexuologické, biologické, gynaekologické, případně psychologické.

Pokud jde o transsexuální osoby, pak citované již symposion na Bouzově z r. 1969 mimo jiné dospělo k závěru, že „v žádném případě nelze z lékařsky přírodovědeckého hlediska připustit, že by provedenou operací bylo dosaženo změny pohlaví“.

Z oblasti anglosaského práva, uvádí podobný resultát Bromley,¹⁴⁾ citující judikát ve věci Corbett versus Corbett z r. 1970. Navrhovatelem byl v daném případě muž, odpůrcem osoba, která původně somaticky byla rovněž mužem, prodělala však operaci typu sex-conversion a pak coby „žena“ uzavřela s navrhovatelem manželství. Toto bylo prohlášeno „void“, když soud došel k závěru, že biologické pohlaví člověka je nejpozději určeno při narození a nemůže být později uměle změněno. Soudce Ormrod ponechal však záměrně stranou otázku důsledků chirurgické operace, pokud by bylo šlo o osobu intersexuální. Bromley sám se pak kloní k názoru, že z judikátu plyne, že největší váha se v něm klade na vzezření genitálu,

¹⁴⁾ Viz Bromleys Family Law, London 1971, IV. vydání.

než na jiné faktory a že kdyby šlo o intersexuála, pak by patrně nebyl způsobilý uzavřít manželství podle anglického práva, když není ani mužem, ani ženou.

Obdobné případy byly také řešeny v oblasti platnosti BGB: dva judikáty tohoto druhu vydal komorní soud v západním Berlíně a to jednak 7. 11. 1957 a dále 11. 1. 1965 a také vrchní zemský soud ve Frankfurtu nad Mohanem v NSR 8. 12. 1965.¹⁵⁾

Tato rozhodnutí vyjadřují shodně názor, že pohlavní příslušnost člověka se zásadně řídí podle vnějších tělesných znaků, zvláště podle zevních pohlavních orgánů. Psychické ustrojení není při tom rozhodující. Proto po narození dítěte se jeho pohlavní příslušnost zapisuje dle jeho zevního vzezření. Dojde-li později např. ke ztrátě vnějších mužských pohlavních orgánů zásahem zvenčí, např. operací, pak tím nelze přivodit změnu pohlavní příslušnosti s právními důsledky. Odnětí vnějších pohlavních orgánů operací se považuje dokonce za protiprávní z hlediska § 226 a) tr. zákona a tato, podle cit. judikátů, nemůže mít jiné důsledky, než např. jejich ztráta při nehodě, válečném zranění či kastraci. To vše nemůže znamenat změnu pohlaví. I když se plasticky-chirurgickým zásahem vytvoří napodobenina ženského genitálu a docílí jistých dalších změn ve vzezření podáváním hormonů, pak nedochází ke skutečné změně pohlavní příslušnosti. Ani psychické založení nemůže být rozhodující, když toto se i jinak objevuje např. u travestitů. Mutatis mutandis totéž platí u ženských transsexuálů. Proto nelze provádět ani požadované změny matričních zápisů co do pohlavní příslušnosti, ani povolovat změny jména, ani uzavírat manželství, které by bylo třeba považovat za non-matrimonium. Neprejudikuje se však odlišnému závěru, šlo-li by o intersexuála, kde při posouzení celkového habitu i psychická stránka by mohla mít význam.

Zdá se tedy, že i tato zahraniční judikatura, opřená o expertízu, vychází z těchže odborných medicinských závěrů, které hlásají naši odborníci.¹⁶⁾

Pokud stanovisko biologicko-medicinské expertízy nedozná změny, pak i při zásadě volného hodnocení důkazů soudem, lze stěží počítat s tím, že soud by se postavil proti znaleckým posudkům a že by mohl zdůvodnit přesvědčivě jiný závěr, stavějící např. na prvé místo pro určení pohlavní příslušnosti jako rozhodující faktory psychické, byla-li vnější somatická podoba uměle přetvořena, byť i jen zhotovením pseudophallu či pseudovaginy.

Současně se však naznačuje odpověď pro případ, že by šlo o intersexuální osobu, zejména o pseudohermafrodita. Klinická kazuistika, uváděná např. J. Hyniem, ukazuje, že operačním zásahem a podáváním příslušných hormonů lze docílit výrazného překlону k tomu pohlaví, které původně bylo tak latentní, že nebylo správně rozpoznáno. I když každý takový případ bude nutno posoudit zcela individuálně, pak patrně leckdy exper-

¹⁵⁾ Viz recenzi A. Eberleho v *Arzt und Recht* č. 44/1969.

¹⁶⁾ Např. prof. Dr. A. Rozmarič, prof. Dr. J. Hynie, DrSc., Doc. Dr. Neoral, CSc. aj.

tíza by dala podklad pro závěr, že návrh dle § 80 lit a) OSŘ v souvislosti s § 11 OZ by se mohl setkat s úspěchem.

Nebylo by zřejmě také pak překážek, aby tato osoba docílila změny jména a příjmení. Vyvstává ovšem otázka, na jakém právním podkladě by mělo být zapsáno nové jméno: I kdyby šlo o nezletilce, klonil bych se spíše k mínění, že postup novým souhlasným prohlášením rodičů dle § 38 ZR není na místě, ale spíše by bylo postupovat dle zákona č. 55/50 Sb., o užívání a změně jména a příjmení a dle prováděcí vyhlášky k němu č. 479/50 Ú. 1.

III. PROBLEMATIKA MANŽELSKÝCH PŘEKÁŽEK (IMPEDIMENTA MATRIMONII)

S požadavky, které moderní genetika adresuje současné rodinněprávní úpravě, plyne nutnost zamyslet se nad problematikou právní úpravy dvou skupin manželských překážek, totiž překážky pro uzavření sňatku z důvodu příbuzenství a dále z důvodu nedostatku zdraví. Spíše jen okrajově přistupuje i překážka nedostatku věku, pokud jde o to, že přílišné mládí potenciálních rodičů, zejména matek, může být v některých případech rovněž nežádoucí z eugenických zřetelů.

Pokud však jde o toto impedimentum aetatis, pak odkazuji na svůj dřívější článek, této tématice věnovaný.¹⁷⁾

Oběma dříve zmíněnými skupinami impediment však bude třeba zabývat se zde podrobněji.

A. Impedimentum consanguinitatis

Připomeňme si zde výklady, učiněné již sub. I.: plyne z nich tuším sdostatek, že uzavírání příbuzenských sňatků s sebou může přinášet nemalá nebezpečí z genetického hlediska a že je patrně žádoucí, aby osoby zpřízněné v takovém stupni, že by toto nebezpečí se při jejich svazku mohlo projevit v neblahé zdravotní kondici u potomstva, by měly být dokonale o tom informovány, ba někdy patrně by jejich manželský svazek neměl být asi ani dopuštěn, je-li prognoza na vznik těžce defektního potomstva.

Do jisté míry může těmto nebezpečím čelit opatření, spočívající v zavedení povinných lékařských prohlídek, resp. v zajištění sdělování jejich výsledků druhému nupturientu. Ani tato kautela, u nás ostatně de lege lata perfektně nepozůstávající, nemusí být dostatečná.

Náš právní vývoj se však ubíral spíše opačnou cestou, než jakou by asi genetik rád viděl, pokud jde o tento další druh právních záruk, totiž existenci impediment consanguinitatis pro žádoucně rozsáhlý okruh příbuzných, totiž takový, který by zahrnoval i kolaterály III. a IV. stupně, tedy

¹⁷⁾ J. Haderka: Právní ovlivňování předsňatkových negativních faktorů de lege ferenda, Socialistické soudnictvo č. 2/1972.

relace strýc — neter, teta — synovec, bratranec — sestřenice, ať už při plnorodém či polorodém základu v II. kolaterálním stupni.

Ještě OZO (obecný zákoník občanský z r. 1811, plativší do 31. 12. 1949) ve svém § 65 znal mimo jiné impedimentum consanguinitatis, nejen pro ascendenty a descendenty a sourozence, nýbrž i pro další kolaterály, tj. v III. a IV. stupni. Tak zvaná manželská novela, tj. zák. č. 320/1919 Sb., z. a n., která rozsah impedimentu ještě rozšířila, stanovila v § 28, že řízení o neplatnost manželství pro překážku § 65 OZO se provádělo i ex offio. Tato překážka však nenáležela mezi indispensabilní.¹⁸⁾

ZPR (tj. zákon o právu rodinném č. 265/49 Sb.), který platil od 1. 1. 1950 až 31. 3. 1963 tento rozsah překážky manželství v tomto ohledu už nezachoval a podržel ji pouze pokud jde o ascendenty a descendenty, sourozence, adoptanta a adoptanda a švagrovství v přímé linii, zde ovšem dispensabilně (§ 9). Důvodová zpráva celkem stručně toto zúžení impedimenta zdůvodnila favore matrimonii a tím, že v dalších případech byl stejně prý udělován vesměs dispenz.

Nynější právní úprava dle ZR sice v § 12 rozšířila poněkud toto impedimentum pokud jde o adopci (tj. i na příbuzné adoptanta v přímé linii a do II. kolaterálního stupně), odstranila zcela impedimentum affinitatis, ale jinak na okruhu příbuzných osob, jichž se zápočet týká v pobočné linii, nezměnila ničeho. Ponechala také nedorozěnou jasně otázku zápočtu v relaci adoptanda k jeho původní rodině, kterážto situace je právně zvládnutelná jen značně extenzivním výkladem § 12 ZR a jen jím lze zabránit tomu, aby pokrevní otec a dítě po adopci, resp. sourozenci po adopci nemohli platně uzavírat sňatek. Tím vším jsem se zabýval již jinde a dovedl také, že de lege ferenda je žádoucí učinit opatření, aby v důsledku anonymity spojené s nezrušitelným osvojením a novými matričními doklady po něm vystavovanými, byla zde kautela, že k reprobovaným manželstvím nebude docházet.¹⁹⁾

Obdobná právní úprava jako u nás, se vyskytuje pouze ve třech dalších právních rádech evropských socialistických států: v SSSR, Polsku a NDR, kde rovněž nějaká manželská překážka pro kolaterály III. a IV. stupně nepozůstává.

Pokud jde o sovětskou právní úpravu, pak již KZOB SO RSFSR z r. 1926 v čl. 6 neznal nějaký širší okruh osob stížených touto překážkou, než jaký existuje nyní v čl. 19 odst. 3 Osnov zakonodatelstva SSSR i sojuznych republik o brake i semje z r. 1968 (dále jen OZoBiS) či Kodeks o brake i semje RSFSR z r. 1969 (dále jen „KOBS“). Novější sovětská familiaristická teorie však již projevila určité pochybnosti o přiléhavosti této úpravy z genetického hlediska.²⁰⁾

Obdobnou úpravu polskou nalezneme v čl. 14 KRiO z r. 1964 a v NDR

¹⁸⁾ Viz J. Krčmář: Právo rodinné, Praha 1936, str. 26.

¹⁹⁾ J. Haderka: Osvojení a příbuzenství, Socialistická zákonnost, č. 9–10/1968.

²⁰⁾ J. M. Vorožejkin: Právo i semja, Sov. gosudarstvo i právo č. 9/70, dále týž: Semjnyje pravootnošenija v SSSR, Moskva 1972, zejména viz str. 116–127.

v FGB z r. 1965 v § 8. Nezdá se, že by tamní právní teorie byla blíže rozebírala důvody této nové právní úpravy ve vztahu k požadavkům genetiky.²¹⁾

Druhou skupinu právních modelů tvoří, pokud jde o socialistické evropské státy, Bulharsko, Maďarsko, Rumunsko a také Jugoslávie a Albánie.

Ve svých platných právních úpravách všechny znají impedimentum consanguinitatis, resp. affinitatis v širším rozsahu, jmenovitě i v tom ohledu, který nás zajímá, totiž pokud jde o kolaterály III. a IV. stupně. (Stranou ponechávám tuto překážku pokud jde o další příbuzné a sešvagřené osoby, resp. o osoby v obdobných vztazích, tj. nevlastní rodič—nevlastní dítě, poručník—poručenec, pěstoun—schovanec, tchán—snacha, tchýně—zeť, apod., kde jasně nejsou tangovány zájmy genetické, ale kde překážka vyplývá z jiných postulátů, hlavně sociologicko-ethických).

Tak je tomu podle čl. 11 albánského rod. kodexu z r. 1965, čl. 18 jugoslávského zákl. zákona o manželství z r. 1946, čl. 10 bulharského rod. kodexu z r. 1968, čl. 8 maďarského rod. kodexu z r. 1952, čl. 6 rumunského rod. kodexu z r. 1953.²²⁾

Nejdůraznější je při tom bulharská právní úprava, která tuto překážku zná jako indispensabilní, Rumunsko a Maďarsko znají administrativní dispenuz, v posléze uvedeném případě i dodatečný s konvalidačními účinky. Albánská právní úprava a jugoslávská právní úprava znají dispenuz soudní pro bratrance a sestřenice, v prvním případě „z důležitých důvodů“, v druhém „za uvážení tradic a mravů lidu“ — tedy z důvodů spíše ethických, než biologicko-genetických.

Přesto však nejde tedy o stav bezprecedentní, jestliže by československý zákonodárce se rozhodl celou materii znovu uvážit.

Můj osobní názor je, že by to bylo na místě, i když počet příbuzenských sňatků se v současné době u nás odhaduje na 2 promile z celkové populace.

V úvahu by připadalo dvojí opatření:

a) Zápověď manželství pro kolaterály III. a IV. stupně, s možností dispenuzu rozhodnutím okresního soudu po medicinské expertize a to z důležitých důvodů, jejichž propracování by bylo zústaveno judikatuře.

b) Zápověď manželství, ne-li pro stejný okruh osob z původní rodiny ve vztahu k osvojení, tedy aspoň pro příbuzné v linii přímé a kolaterály II. stupně, stejně tak, jako pokud jde o osvojení a příbuzné adoptanta v přímé linii a kolaterály II. stupně z adopční rodiny, pokud osvojení trvá; to vše při zavedení centrálního rejstříku při některém matričním úřadu pro evidenci osvojení v ČSSR, který by před uzavřením sňatku vydával vysvědčení, že shora uvedená překážka dle jeho rejstříku nepozůstává, přičemž takové vysvědčení by patřilo mezi listiny, které je třeba před celebrováním sňatku předkládat (nyní § 50 vyhl. č. 182/59 Ú. l., jenž by tedy vyžadoval rovněž novelizace).

²¹⁾ Srov. např. S. Szer: Pravo rodzinne, Warszawa 1966, Familienrecht der DDR — Kommentar, Berlin, 3. vyd. z r. 1970.

²²⁾ Viz Familiengesetze sozialistischer Länder, Berlin 1971.

Nebude patrně sporu o tom, že od dob, kdy se formovalo staré kano-nické *impedimentum dementiae*, se v medicíně ledacos změnilo a že dnešní její speciální disciplíny vyžadují značně jiný přístup k problematice zdra-votních překážek proti uzavření manželství. Po této stránce má co říci mo-derní psychiatrie, genetika, sexuologie, fyziologie, endokrinologie, vene-rologie, atd., atd.

Nejen, že se domnívám, že právo nedovedlo udržet krok s poznatky me-dicinských oborů, ale obávám se, že právní vývoj — a zde mám na mysli především náš — nebyl vždy krokem vpřed.

Zamysleme se nad starým OZO.

Ve vztahu k medicinským požadavkům poskytoval ochranu proti uza-vření manželství, jež by nemělo dobré perspektivy ve třech směrech.

Především jeho § 48 ve spojitosti s řádem o zbavení svéprávnosti č. 207/1916 ř. z. nedopouštěl vznik manželství, pokud šlo o osoby zuřivé, šílené nebo blbé (*Rasende, Wahnsinnige, Blödsinnige*), čímž bylo myšleno osoby zbavené svéprávnosti zcela pro choromyslnost nebo slabomyslnost, jakož i osoby, které z týchž důvodů nebyly s to obstarávat své věci, ač dosud nebyly svéprávnosti zbaveny. Tato překážka nebyla dispensabilní.

Druhý směr ochrany se týkal impotence *coeundi* ve smyslu § 60 OZO.

Konečně třetí speciální ochrana se týkala dospělých nezletilců, tedy osob od 14, původně do 24, pak 21 a posléze 18 let, resp. i zletilých dětí, nad nimiž byla prodloužena otcovská, resp. poručnická moc, nebo které byly částečně zbaveny svéprávnosti. Otec případně soud mohl jim totiž odeprít souhlas k uzavření manželství po právu dle § 53 OZO zejména i „pro nakažlivé nemoci nebo vady, které jsou na překážku účelu man-želství na straně toho, s nímž se chce vejít v manželství“.

Legislativní ochrana v posledních dvou ohledech v nějaké zmodernizo-vané podobě do ZPR převzata už nebyla, ač je možno tázati se, zda na jedné straně neměly být přijaty určité kautely aspoň ve vztahu k inter-sexuálům, transexuálům a sexuálním deviantům, na druhé straně pak ve vztahu k některým nemocem, infekčním i dědičným, které vystavují ne-bezpečí vážné újmy druhého partnera či budoucí potomstvo.

Pozdější právní čs. úpravy se věnovaly jen ochraně co do první skupiny chorob a ani zde nebyl legislativní vývoj asi nejšťastnější.

Impedimentum, obsažené v § 10 ZPR se týkalo jednak osob stížených duševní poruchou, jednak nedostatečně duševně vyvinutých, korespondovalo do značné míry s §§ 15, 16 OZ č. 141/50 Sb., aniž však bylo třeba, aby úplné či částečné zbavení svéprávnosti bylo už vysloveno. Dispenz, udělitelný soudně dle § 252 OSŘ č. 142/50 Sb. byl možný, byl-li zdravotní stav slučitelný s podstatou a účelem manželství. Neplatnost manželství již přes to uzavřeného byla relativní, za nařikatelnosti jeho kterýmkoliv z manželů a konvalidace nastávala uzdravením.

I když důvodová zpráva k ZR tvrdí, že tento zákon provedl jen termino-logické zjednodušení, pak podle mého názoru ve skutečnosti zavedl zúžení

této překážky, když vypustil passus o osobách „nedostatečně duševně vyvinutých“, byť i nezapomínám na odlišnost nynějšího § 10 OZ č. 40/64 Sb. od předchozí úpravy.

Velmi problematický je také předpis § 50 odst. 2 lit f) vyhl. č. 182/59 Ú. l., neboť kdo zaručí, že oddávající orgán zavčas bude vědět, že doklad v cit. předpise uvedený, by měl být ohledně dispenzu předložen?

Podíváme-li se po právních úpravách jiných evropských socialistických států, pak shledáme, že některé pro favore matrimonii toto impedimentum formují ještě užším způsobem, než jak je formulováno u nás.

Tak v NDR podle § 8 FGB a v SSSR podle čl. 10 OZoBiS (resp. čl. 16 KOBS RSFSR) tato překážka pozůstává jen tehdy, když někdo byl již soudním výrokem prohlášen za nesvéprávného pro slabomyslnost nebo duševní chorobu.

Jiné jsou už širší.

V albánském rod. kodexu čl. 10 zná absolutní impedimentum pro „osobu trpící psychickou nemocí nebo ve svém duševním vývoji tak zaostalou, že není s to pochopit účel manželství“. Jugoslávský zák. zákon o manželství v čl. 17 zná takový zákaz u „duševně nemocných“ a „nezpůsobilých k právním úkonům“. Maďarský § 9 a 11 rod. kodexu hovoří o osobách „zcela nezpůsobilých k práv. úkonům“, ať již z toho důvodu mají či nemají opatrovníka. Rumunský čl. 9, 10 hovoří o „duševně nemocných, slaboduchých a osobách, jejichž duševní schopnost je dočasně porušena a obsahuje zárodek další vývojové linie, když počítá s možností legis specialis stanovící další případy impedimenta pro určité choroby.

Nejvíce pozoruhodná je však námi již v jiných souvislostech uváděná úprava bulharská dle nového rod. kodexu z r. 1968, znající v jeho čl. 9 jednak absolutní zákaz uzavření matrimonia pro svéprávnosti zbavené, duševně nemocné a slaboduché a relativní zákaz pro ty, kdo trpí nemocí, která by mohla vésti k vážnému ohrožení života nebo zdraví potomstva nebo zdraví druhého manžela.

Do jisté míry zaslouží pozornost i úprava, obsažená v čl. 12 polského KRiO, stanovící impedimentum pro osoby, stížené duševní chorobou nebo nedostatečně duševně vyvinuté, s možností soudního dispenzu, jestliže zdravotní stav takové osoby neohrožuje manželství ani zdraví budoucího potomstva a to tehdy, jestliže taková osoba nebyla zcela zbavena svéprávnosti — kdy dispenz udělit nelze.

Kudy vede cesta k případné budoucí úpravě pro nás?

Asi se nezmýlím, když řeknu, že jsme asi trochu přehnali zřetel na favor matrimonii.

Pokud by byl přijat námět obligatorních medicinských prohlídek před uzavřením manželství, pak by tím byla dána možnost zjištění základního zdravotního stavu každého jedince ve vztahu k jeho schopnostem pro manželský život, quae non est solum in sexu.

Jsou určité choroby, které jsou medicinskou a medicinsko-sociální kontraindikací z hlediska úspěšného manželství. Nejsou to jen určité duševní

choroby, ale i abusus alkoholu a narkotik resp. toxik, některé nakažlivé nemoci, některé dědičné choroby, sexuální deviace apod.

Jak jsem už uvedl, u některých společenská nebezpečnost není taková, že by bylo třeba manželství nepřipouštět, ale stačila by garance, spočívající v tom, že druhý snoubenec by měl být před uzavřením sňatku s příslušnou diagnosou a jejími důsledky obeznámen a pokud by přes jistou deliberační lhůtu na svém konsenzu setrval, bylo by lze k uzavření manželství přistoupit.

Některé těžší a závažnější choroby by však patrně měly tvořit impedimentum pro uzavření manželství, z něhož by absolutně byla možná jen soudním výrokem, což by se mělo týkat nejen určitých psychických poruch, ale i somatických chorob — pokud by vůbec u některých dispenz neměl být vyloučen.

Stěží tedy lze počítat pro futuro s tím úzkým vcelku pojetím tohoto impedimenta, s nímž před naši veřejnost předstoupil zákonodárce v r. 1963.

IV. UMĚLÁ INSEMINACE (INSEMINATIO ARTIFICIALIS)

Podle literatury se v současné době provádí v USA asi 10 000 umělých oplodnění ročně. Zdá se, že i v některých dalších kapitalistických státech je používání tohoto zákroku značně rozšířeno. Na druhé straně medicinská veřejnost v některých z nich jej posuzuje odmítavě, jako jsoucí contra naturam či contra bonos mores, jako např. lékařská veřejnost v NSR. Podle časopisu „Medizinische Klinik“ z r. 1971 teprve v poslední době se toto stanovisko zmiňuje, což však zatím nenalezlo odezvu v občanském a rodinném právu a tr. právo donedávna stálo v Německé spolkové republice na stanovisku, že takový zákrok je trestným činem. I odborná literatura je na rozpacích, lze-li jej považovat za legální.²³⁾

Byť i v poměrně skromné míře, provádějí se tyto zákroky i na našich gynekologických klinikách — a rovněž budí v medicinském světě rozpaky; pokud jde o ius, toto je zatím víceméně ignoruje, ale tento stav nebude zřejmě již dlouho možný. Z nových kodifikací evropských socialistických států s těmito zákroky počítá jedině nový bulharský rodinný kodex z r. 1968 a to v kladném smyslu.²⁴⁾

Otázka přípustnosti umělých inseminací a marito, zejména však ab alieno, není jen problém právní: je to problém medicinský, sociologický, psychologický, etický a filosofický vůbec.

Ve svých důsledcích znamená tento zákrok možnost velkého zvratu v mezilidských vztazích, děláje rození dětí nezávislým na coniunctio mem-

²³⁾ Viz M. Kohlhass: Medizin und Recht, München, Berlin — Wien 1969, 164 str., S. P. Berg: Grundrisse der Rechtsmedizin, 9. vyd., München 1971, 287 str.

²⁴⁾ Pokud jde o teoretické stati, tu kromě cit. již statí Vorožejkinových z poznámky 20, zabýval se touto problematikou v Polsku B. Walaszek „Inseminatio artificialis“, Palestra č. 5/1960; k názorům Markova a Dacova v Bulharsku viz u Vorožejkina, op. cit. U nás viz j. Štěpána: Právní odpovědnost ve zdravotnictví, Praha 1970, 370 str., a literaturu tam citovanou.

brorum a tedy na intimních, sexuálních vztazích mezi mužem a ženou. Jestliže na jedné straně může utišit lidské trápení a žal nad tím, že manželé nemohou mít spolu vlastní dítě vůbec, nebo nikoliv dítě zdravé, pak na druhé straně může vést k excessům, o nichž nedávno referoval New Scientist:²⁵⁾ že totiž rozkoší a sexuálního vyžití dychtiví zámožní mladí mužové si dávají uložit svůj zmražený ejakulát ve „spermiové bance“ pro případné pozdější použití v manželství a proto, aby jim nehrozilo nebezpečí paternitních žalob ze strany nahodilých partnerek, podstupují operace, vedoucí k zaručené trvalé neplodnosti.

Per se není tedy patrně zákrok jako takový zásadně ani contra bonos mores a patrně ani contra naturam: spíše záleží na tom, kdy, za jakých okolností může přivodit stav, který je v rozporu s mravností, chápanou dle měřítek socialistické společnosti a kdy nikoliv.

Autor této stati není ex professo ani sociologem, ani psychologem a tím méně ethikem či dokonce filosofem; také hippokratovskou přísahu nikdy neskládal. Neosobuje si tedy konečný úsudek o tom, zda inseminatio artificialis má být z hlediska všech těchto disciplín uznána za přípustnou. Chce pouze vyjádřit skromné mínění, že patrně nelze provádění těchto zákroků ponechat bez jakékoliv úpravy právní.

Pokud pak právo tyto zákroky radikálně nezakazuje a nezakáže, pak asi bude i na právnících, aby uvažovali, za jakých právních předpokladů by bylo lze tyto zákroky výslovně legalizovat. Neměli bychom se dát překvapit až živelným rozšířením těchto zákroků: vždyť jde o to, zda genetika nemá pro nás v rezervě v příštích 10–15 letech další překvapení v podobě realizace umělých inovulací u člověka, když tyto se se zdarem už praktikují u vyšších živočichů ze savčí říše.

Podle mého přesvědčení právní úprava umělých inseminací by měla spočívat na těchto principech:

1. Okruh medicinských indikací pro provedení zákroku by měl být přesně vymezen.

Poznatky moderní medicíny ukazují, že v našich společenských podmínkách inseminatio artificialis by měla přicházet v úvahu:

a) ab alieno

aa) byla-li u muže prokázána sterilita,

bb) je-li muž postižen dominantně dědičnou chorobou nebo je-li jejím nositelem

cc) je-li při recesivní dědičnosti partnerů značně vysoká pravděpodobnost narození hereditárně vážně nemocného dítěte, zvláště když již dříve se takto nemocné dítě týmž osobám narodilo.

b) a marito, je-li na straně ženy dána relativní impotence coeundi a to zejména z důvodů psychosexuálních, nebo je-li dána u muže.

²⁵⁾ Viz Mladá fronta z července 1972, „Krutá hra s americkými muži“.

Vyšetření těchto indikací u příjemkyně a jejího manžela by se zásadně mělo dít před odbornou lékařskou komisí, která by zjišťovala i existenci zdravotních kontraindikací. Jejich seznam i bližší podrobnosti procedurálního postupu bylo by lze svěřit prováděcím předpisům. Zákrok sám by se měl zásadně provádět ve zdravotnickém zařízení a to za přítomnosti manžela příjemkyně.

2. Zásah by měl být přípustný jen u vdané ženy.

Domnívám se totiž, že umělá inseminace by neměla sloužit k tomu, aby se vytvářelo svobodné mateřství ať už u žen osamělých nebo u žen žijících v druhovském poměru, nebo dokonce jiných volných spojeních. To je totiž jev sociálně patologický. Umělé vyvolané rodičovství eticky a sociologicky patrně nejspíše obстоjí tehdy, když má sloužit k tomu, aby nukleus rodiny, manželství, nezůstalo siré, nýbrž aby z něho mohly vzejít děti. Tato zásada by také korespondovala s intencemi nynějšího ZR, a to jednak s jeho základní koncepcí, vyjádřenou v čl. II a dále i se záměrem, jímž byl zákonodárce veden při formulaci § 74 odst. 2 ZR, kdy na rozdíl od dřívějšího právního stavu připustil jiný způsob *quo natura imitatur*, totiž nezrušitelné osvojení, jen u manželské dvojice a ne u osamělé, jediné osoby.

Poznatky moderní pediatrie a psychiatrie také výrazně potvrzují, že pro normální vývin dítěte nestačí zpravidla jen, aby mělo jednoho z rodičů, ale že je potřebuje oba, že je mu nutný domov, jimi oběma vytvářený.²⁶⁾

3. Zásah by měl být přípustný jen tehdy, jestliže oba manželé jsou osobami s plnou způsobilostí k právním úkonům.

To znamená, že nejen by u žádného z nich nesměl pozůstávat stav, kdy již bylo rozhodnuto podle § 10 OZ č. 40/64 Sb. a tito již byli zbaveni způsobilosti k právním úkonům zcela, či v ní omezení (s důsledky dle § 34 odst. 2 ZR — totiž, že by jim za tohoto stavu nemohla příslušet rodičovská práva), ale ani by nesměli být po psychické stránce stíženi takovou chorobou, alkoholismem či narkomanií, že by opatření dle § 10 OZ mohlo být úspěšným, kdyby k řízení o něm došlo.

4. Zásah by měl být přípustný jen tehdy, jestliže oba manželé s ním projevili souhlas.

Měl by být tedy nutný nejen souhlas ženy jako pacientky, ale i souhlas jejího manžela. Jde totiž o to, aby zákrok nepřivodil snad nějaký rozkol ve vztazích mezi manžely, aby snad nebylo jeho jednostranné vyžádání si ženou uplatňováno jako důvod pro rozvod; aby snad v důsledku něho nevystalo podezření na ženinu nevěru; aby se manželé nedostali do rozporů v majetkových, zvláště i alimentálních otázkách, které se vynoří s novým „přírůstkem“ do rodiny apod.

²⁶⁾ Viz např. velmi výrazně U. Lange: *Das alleinstehende Kind und seine Versorgung*, Basel 1965, 87 str., J. Langmeier—Z. Matějček: *Psychická deprivace v dětství*, Praha 1968, 383 str.

Bylo by doporučení hodno, aby tento souhlas byl udílen v kvalifikované formě. Doporučoval bych proto formu ústního prohlášení, účinného do protokolu před soudem v nesporném řízení a to po obligatorním předcházejícím poučení ze strany soudu o právních důsledcích zákroku, jmenovitě pro případ, že z něho dojde k narození dítěte.

Domnívám se, že statusové důsledky si takových kautel vyžadují a určitý obdobný precedens poskytují např. §§ 66 odst. 2, 68 odst. 1 lit. b) jakož i 73 odst. 2 ZR.

Souhlas by měl být odvolatelný ve stejné formě, pokud k zákroku nedošlo.

Jeho účinnost by měla pomíjet uplynutím určité doby, např. tak, že by nesměl být starší 1 roku před provedením zákroku.

Bylo by ovšem možné opětovné udělení tohoto souhlasu.

5. Zákrok by měl být přípustný jen tehdy, jestliže manželství je přiměřeně stabilní.

Nebylo by totiž žádoucí, aby dítě se narodilo do takového manželství, které je příliš krátkodobé a kdy tedy vztahy mezi manžely nejsou dost ustálené a vyvážené. Rovněž by nebylo žádoucí, aby šlo o manželství, trpící rozvratem, takže probíhalo již mezi manžely rozvodové řízení či řízení o výživné, nebo jiné majetkové spory ze vzájemných vztahů, nebo řízení o nullitu manželství či o non matrimonium, nebo spor o popření otcovství. Naopak oba manželé by způsobem svého života měli zajišťovat, že zásah bude ku prospěchu dítěte a společnosti — tedy obdobně jako je tomu při adopci ve smyslu § 64 odst. 2 ZR.

Bylo by však patrně neúnosným formalizováním celého postupu, kdyby mělo být zavedeno nějaké udílení souhlasu k umělé inseminaci soudem.

Bylo by však snad možno aspoň požadovat, aby:

- aa) od uzavření manželství uplynula určitá minimální doba, např. 5 let,
- bb) manželé předložili výpis z rejstříku trestů,
- cc) potvrzení civilního soudu svého bydliště, že mezi nimi v poslední době, např. posledních pěti letech, neprobíhalo žádné rozvodové aj. rodinněprávní řízení.

Pokud by listinné doklady ad bb), cc) nebyly negativního obsahu, měl by zdravotnický orgán mít možnost uvážení, zda zákrok provede, o čemž by při negativním stanovisku měl vydat rozhodnutí, podléhající oprávněnému prostředku ve správním řízení.

6. Zákrok by byl přístupný jen tehdy, když manželství je buď bezdětné, nebo když počet dětí z něho pocházejících nepřesáhl společenský průměr, např. 1–2 děti.

Cílem zákroku by nemělo být vytvářet totiž uměle mnohodětné rodiny, nýbrž jen uspokojovat lidskou potřebu po potomstvu v mezích, odpovídajících běžné sociální skutečnosti.

V neposlední řadě jde i o otázku sociálních dávek, které plynou z narození dětí pro stát (porodné, rodinné příplatky, dávky v průběhu placené mateřské dovolené, mateřský příspěvek, atd.).

7. Dítě, narozené z umělé inseminace, nutno postavit v relaci k jeho rodičům plně na roveň dítěti narozenému z manželství.

To znamená, že i na toto dítě by se plně vztahovaly, a ostatně *de lege lata* také i vztahují, předpisy o domněnce paternity manželovy, jmenovitě ve smyslu § 51 ZR.

Dále by však bylo žádoucí výslovně upravit předpisy o popírání otcovství manžela, ať už jím samým, či matkou nebo generálním prokurátorem (§§ 58–60, 62 ZR) a to tak, že otcovství k dítěti, narozenému během 180 až 300 dnů od provedené inseminace, nelze popřít, ledaže by bylo lze prokázat, že matka dítěte otěhotněla jiným způsobem, než v důsledku inseminčního zákroku, a to souloží s jiným mužem. Důkazní břemeno k vyvrácení domněnky, jinak manželů matky svědčící, by měl mít žalobce.

Bylo by lze uvažovat i o jiné variantě a to o absolutním zákazu popření otcovství, jak jej zná v čl. 32 odst. 3 bulharský rodinný kodex z r. 1968, jestliže byla provedena inseminatio artificialis se souhlasem manžela. Osobně bych však dal přednost variantě předcházející.

Pokud jde o *legem latam*, tu jde o to, zda při jejím striktním výkladu by nebylo třeba žalobě o popření otcovství manžela vyhovět, jestliže by se prokázalo, že tento v kritické době se svou ženou nesouložil nebo jestliže by jej vyloučil z otcovství důkaz haematologický, gynaekologický nebo sexuologický. Podle mého názoru taková interpretace by nebyla správná: z předpisu § 104 ZR totiž je třeba vyvodit ten důsledek, že zásady čl. VI, VII OZ č. 40/64 Sb. se vztahují i na materii, obsaženou v ZR. Ty právě by patrně i *de lege lata* dovolovaly, aby žaloba manžela o popření otcovství k dítěti, narozenému v rozmezí 180–300 dnů od umělé inseminace byla přesto zamítnuta, i když by dokazování vyznělo, jak shora uvedeno, pokud se mu nepodařil i průkaz, že žena v kritické době obcovala tělesně s tertiem, jenž není z otcovství vyloučen. Opačné řešení by bylo totiž patrně výkonem popěrného práva v rozporu s pravidly socialistického soužití, ba jeho zneužitím, jmenovitě když manžel by byl dal k umělé inseminaci před tím souhlas a pak se chtěl závazků k dítěti takto zbavit. *Mutatis mutandis* by totéž platilo o popřené žalobě jiného aktivně legitimovaného subjektu, jmenovitě matky.

Již úprava nyní platná také má v zápětí, že i k dítěti zrozenému z umělé inseminace mají oba manželé stejná práva a povinnosti, které jsou stanoveny v druhé, resp. třetí části ZR, dítě pak naopak má stejné povinnosti a práva vůči nim.

Z hlediska OZ platí totéž, jmenovitě pokud jde o správu majetku dítěte rodiči podle § 28, pokud jde o dědické právo apod.

8. Pokud jde o právní postavení dítěte zrozeného z umělé inseminace vůči příbuzným rodičů, což může hrát roli zejména z hlediska alimentární povinnosti dle §§ 88 a násl. ZR, nebo z hlediska dědického práva apod., nelze, aby platilo něco jiného než o dětech plně pokrevních, resp. osvojených a tento důsledek plyne již z platného právního stavu.

9. Je třeba blíže upravit právní postavení dárce inseminátu:

aa) Jeho osoba by měla zůstat vůči příjemkyni i jejímu manželu anonymní,

bb) Výběr jeho osoby (samozřejmě měl by být zletilý a svéprávný a stojící mimo okruh nejbližších příbuzných manželů) by se měl dít tak, aby byla dána záruka, že dítěti se dostane přiměřeného genetického vybavení, při čemž podrobnosti bylo by lze svěřit sekundárnímu předpisu,

cc) Pokud by byl ženat, potřeboval by k poskytnutí ejakulátu za účelem umělé inseminace třetí osoby souhlas své manželky, daný ústně do protokolu u ředitele zdravotnického zařízení, které konkrétní odběr má provést; souhlas to, který by byl v zásadě odvolatelný a nesměl by být starší určité doby. Dál by se po předchozím poučení uvedeným orgánem.

dd) Poskytnutí inseminátu resp. jeho aplikace by nezakládaly žádná práva a povinnosti mezi dárce a dítětem, pokud by dárce nebyl současně manželem matky.

Domnívám se, že ani dle platného práva nebylo by lze úspěšně se domoci proti němu určení otcovství, i kdyby manžel matky nesvědčila domněnka § 51 ZR, neboť § 54 odst. 2 předpokládá, že mezi žalovaným a matkou dítěte v kritické době došlo k souloži, ke coniunctio membrorum a tak tomu při inseminatio artificialis není.²⁷⁾

I když řadu výše uvedených principů lze respektovat a provést interní instrukcí resortu zdravotnictví za platného právního stavu, přece jen je žádoucí výslovná obecně závazná ucelená právní úprava, jednotná pro celou ČSSR, a to ve formě federálního zákona, obsahujícího základní zásady a zmocnění pro jejich provedení prováděcím předpisem — asi tak, jak je tomu u umělých interrupcí, jenže zde by šlo o rozněcování nového života, nikoliv o jeho zhasínání.

V. ROZSAH DOMNĚNKY OTCOVSTVÍ K DÍTĚTI, NAROZENÉMU MIMO MANŽELSTVÍ PŘI SOUDNÍM URČOVÁNÍ OTCOVSTVÍ (PRESUMPTIO PATERNITATIS)

Ve vztahu k moderní genetice není možno pominout problematiku určování a popírání rodičovství, především tedy otcovství, ale konec konců i mateřství, byť i takové případy se přiházejí jen výjimečně.

Pro řízení, týkající se této problematiky, má eminentní význam medicinská expertíza.²⁸⁾

²⁷⁾ Není bez zajímavosti, že k témuž řešení dospěla anglická judikatura, jak uvádí Bromleys Family Law v r. 1971, dovozující také, že se v takových případech nejedná o manželskou nevěru.

²⁸⁾ Z literatury viz k tomu např. Barvič—Soukup: Pracovní metody genetického posudku v paternitních sporech, Sso 2/68, titíž: Dermatoglyfická analýza v hodnocení paternity, Sso 5/68, M. Kout: Krevní skupiny a paternitní spory, Prokuratura č. 1/70, R. Klein—M. Mitlöhner: Použití vyšetření Y-chromozomu v paternitních sporech,

Tuto je možno zhruba rozdělit do těchto skupin:

- a) haematologická expertíza,
- b) anthropogenetická expertíza s biostatistickým vyhodnocením,
- c) gynaekologická expertíza,
- d) sexuologická expertíza.

Genetiky se bezprostředně týkají skupiny ad a, b, shora. Přitom je třeba podtrhnout, že za velmi krátkou dobu se rozsah a preciznost právě těchto druhů expertíz ubíraly mílovými kroky vpřed. Tak při haematologické expertíze již jen můžeme vzpomínat na doby, kdy před dvěma desetiletími se toto dokazování provádělo jen v rozsahu zkoumání systému A, B, O, dále nejvýš MN, a RH, neboť už na prahu sedmdesátých let bylo běžné vyšetřování devíti krevních systémů, typů plasmatických bílkovin a dalších znaků (tedy zejména krevních skupin v systémech ABO, faktorů M, N, a P, systémů Rh, Kell, Duffy, Kid, Lewis, Lutheran, dědičných krevních vlastností jako vyšetřování haptaglobinů, skupin Gm, Gc, Ag, Lp, post-transferinů, dále fermentů, jako kyselých fosfatáz a fosfoglukomutáz), takže lze odhadnout pravděpodobnost vyloučení neprávem nařčeného při tom druhu expertízy na 98 0/0. Lze říci, že v současné době vývoj je tak rychlý, že prakticky každý důkaz tohoto druhu, starší 6–9 měsíců, vyžaduje pro jistotu revize z toho hlediska, zda není možno jeho doplnění dalším zkoumáním (v poslední době se stalo např. již dostupným i zkoumání dědičnosti v oblasti leukocytů, tzv. HLA-antigény) a odpověď bývá často kladná.

Pokud jde o anthropogenetické dokazování a hodnocení metodami biostatistiky, zvl. spočívajícími na Essen-Müllerovi-Gayerovi a Hummelovi, došlo k dalšímu propracování jeho metod, v praxi se užívá kontrolně aspoň tři postupů, při ustálení pravděpodobnostní stupnice na škálu 9 stupňů od otcovství prakticky takto prokázaného až k prakticky vyloučenému. Obzvláště ního významu nabývá nyní zkoumání pigmentace duhovek.

Toto vše nezaslouží úvahy ovšem jen po stránce procesněprávní, totiž pokud jde o rozsah možností dokazování, ale i po stránce hmotně-právní, tj. při vymezování hmotně-právních předpokladů, za nichž lze otcovství soudně určit nebo popřít.

Aspekty tohoto druhu je nutno uvážít zvláště v relaci k třetí domněnce otcovství ze systému oněch tří po sobě pevně následujících domněnek, jaký platil a i nyní platí u nás, podobně jako v dalších evropských socialistických právních řádech: tedy při domněnce svědčící tomu, kdo s matkou dítěte souložil v tzv. kritické době.

SZ 10/70, J. Hynie: Sexuologické problémy v paternitních sporech, SZ 5/65, Kmoníček—Kulich—Příbylová—Tlapák: Provádění znaleckých imunohaematologických posudků, SZ 2/66, R. Sekla: Dědičně-biologická zkouška jako pozitivní průkaz rodičovství, SZ 1/64, M. Kout: Krevní skupiny ve sporech o otcovství, SZ r. 1963, str. 544 a n., K. Veselý: Soudně-znalecké zjišťování otcovství z hlediska porodnického, SZ 1963, str. 476 a n., L. Hovorka: Rozšířená krevní zkouška v řízení o určování otcovství, ZA 1/66. V. Kulich: Vyloučení otcovství na základě zjištění genotypů Rh/Hr systému rodiny žalovaného, SZ 1/67 aj.

Na tomto místě není možno rozebírat složitý komplex všech hmotně-právních otázek, vážících se k této tématice. Myslím však, že nejpálčivější v relaci k pokrokům moderní medicíny, zvláště pak genetiky, jsou dvě dílčí otázky: jednak jaký vliv má mít na rozsah této domněnky skutečnost, že matka dítěte s označovaným otcem měla jen náhodilé, příležitostné pohlavní styky, jednak jaký vliv na vyvratitelnost této domněnky má mít to, že kromě označovaného otce je zde ještě další concumbent, jehož otcovství se jeví jako pravděpodobnější.

1. *Okazionalita koitu*

Pro přístup k tomuto problému existují v současných právních rádech evropských soc. státech dva modely:

a) Především ten, že je nerozhodné, prokáže-li se byť i jen náhodný třeba jediný coitus mezi matkou dítěte a žalovaným v tzv. kritické době (sahající s malými odchylkami zpravidla přibližně od 180–300 dnů před porodem) a přesto domněnka otcovství takového concumbenta je založena.

Tento systém mimo jiné platí u nás podle § 54 odst. 2 ZR.

b) Dále ten, že průkaz ojedinělého pohlavního styku mezi matkou dítěte a žalovaným v kritické době nestačí, nýbrž, že je třeba průkazu určitých skutkových podstat, zpravidla majících nasvědčovat tomu, že mezi matkou dítěte a žalovaným byl stabilnější, resp. intensivnější vztah.

Tento přístup k problému volila právní úprava, platná nyní v SSSR, Maďarsku a Albánii.

V SSSR podle čl. 16 odst. 3 OZoBiS z r. 1968 a podle republikových kodexů např. čl. 48 KOBS RSFSR v r. 1969, lze ve sporném řízení otcovství určit jen ve čtyřech skupinách případů:

- žil-li žalovaný před narozením dítěte s matkou dítěte a vedli-li společnou domácnost (tedy prakticky šlo-li o druhovský poměr),
- jestliže dítě společně vychovávali,
- jestliže dítě společně alimentovali,
- jestliže existují hodnověrné důkazy o tom, že žalovaný otcovství přiznal.²⁹⁾

Podle § 38 odst. 2 maďarského rod. kodexu je třeba buď průkazu, že žalovaný žil v době početí s matkou dítěte pohromadě za okolností, které dovolují úsudek, že šlo o životní společenství, nebo že s ní v téže době po delší čas udržoval pohlavní styky. Mimo to je zde však další důvod § 38 odst. 2 lit. c) podle něhož stačí vůbec jen průkaz pohlavního styku, lze-li mít za to, že dítě z něho pochází.

²⁹⁾ Vysvětlivky k těmto pojmům viz zejména v usnesení Pléna Nejv. soudu SSSR č. 10/69, z bohaté literatury mimo časopiseckou pak viz zejména N. S. Bratus—P. J. Orlovskij: Kommentarij k kodeksu o brake i semje RSFSR, Moskva 1971, 248 str., M. V. Materova: Sudebnoje rassmotrenije del ob ustanovlenii otcovstva, Moskva 1972, 112 str.

Pokud jde o model albánský, obsažený v čl. 80 tamního rod. kodexu, pak se žádá průkaz toho, že žalovaný s matkou dítěte v době početí byl v jednom z následujících vztahů:

- společně s ní žil,
- souložil s ní násilím,
- přislíbil jí manželství,
- přiznával otcovství,
- otcovství vyšlo najevo při trestním nebo jiném civilním řízení.

Tato omezení neplatí však, šlo-li o matku tehdy nezletilou.

Myslím, že je velmi neuvážené, chtít mechanicky přenášet model, přijatý v jednom státě do druhého bez znalosti společenských podmínek, za nichž byl akceptován, bez znalosti tradic právního vývoje z předchozí doby a bez seznání myšlenkových proudů, které se střetávaly, než z nich povstala lex lata, často tvořící ve svém výsledku kompromis mezi různými názory.

Zvlášť markantní je to právě v genezi současné maďarské právní úpravy i genezi úpravy sovětské. Pro stručnost jsem nucen v tomto ohledu odkázat na odbornou literaturu.³⁰⁾

Nedomnívám se, že by pozůstával při našich společenských podmínkách, našich právních tradicích, vžitém právním vědomí a v neposlední řadě s ohledem na dnešní stav medicínské expertízy důvod pro to, abychom uvažovali de lege ferenda o nějaké nové právní úpravě, která by omezila založení domněnky otcovství v případech, že není prokázán jiný, než náhodilý pohlavní styk matky dítěte se žalovaným v kritické době. Odpírat dítěti za takových okolností právo na to, aby mohlo dosáhnout vyjasnění svého statusového postavení, znamená podle mého názoru jeho diskriminaci v porovnání s dětmi, zrozenými z manželství a to jak po stránce osobní, tak i po stránce hmotné. I když si jeho matka vedla lehkově, ba dokonce amorálně, nelze za to tímto způsobem postihovat dítě. Pokud jde o žalovaného, pak při využití všech možností moderní medicínské expertízy, lze redukovat na minimum riziko, že snad by byl zjištěn otcem, aniž by jím byl pokrevně. Ostatně takovému riziku, že před zákonem zůstane otcem, aniž by jím byl fakticky, je manžel matky vydán v míře rozhodně ne menší. Jestliže by okazionalita pohlavních styků vylučovala možnost soudního určení otcovství, pak by sice snad taková úprava mohla přispět k vývinu právního vědomí, stimulující ženy ke zdrženlivosti vůči mužům, ale stěží by brzdila muže v neodpovědném postoji vůči ženám, když z přelétavých poměrů s nimi by vycházeli bez následků co do odpovědnosti vůči zplozenému dítěti, resp. jeho matce po osobní i finanční stránce.

Mimo to riziko pro neprávem nařčeného kandidáta otcovství lze ještě snížit — ale to už je naše další dílčí otázka.

³⁰⁾ Viz E. Nizsalovski: Order of the Family, Budapest, 1968, 239 str., J. M. Vorozhejkin: Pravovyje osnovy braka i semji, Moskva 1969, 158 str., a velmi dobrý přehled E Holewiňské: Sadove ustalenie ojcovstva v ZSRR, Nowe prawo č. 10/1970.

2. Možnost komparace pravděpodobnosti otcovství více konkumbentů

Předem třeba zdůraznit, že mi nejde o rozebírání nějakého *exemptionis plurimum concumbentium*, nýbrž jde zde o něco zcela jiného: totiž o to, zda domněnka otcovství, svědčící tomu, kdo v kritické době s matkou dítěte souložil, má být vyvrácena průkazem, že je zde další muž, který s ní v téže době rovněž souložil, jehož otcovství je pravděpodobnější a který by měl být spíše určen otcem.

Ve dvou evropských socialistických státech existuje právní úprava, která výslovně takovou možnost má v rodinném kodexu zakotvenu: PLR a NDR.

Čl. 85 KRiO stanoví:

„(1) Má se za to, že otcem dítěte je ten, kdo obcoval s matkou dítěte ne dříve než 300 a ne později než 181 dnů před narozením dítěte.

(2) Okolnost, že matka v téže době obcovala i s jiným mužem, může být důvodem pro vyvrácení domněnky jen tehdy, kdy z okolností plyne, že otcovství jiného muže je více pravděpodobné.“

Pokud jde o FGB, pak v § 54 se uvádí:

„(2) Za otce se považuje muž, který se pohlavně stýkal s matkou dítěte v době rozhodné pro početí. To neplatí, jestliže styk nemohl vést k početí, nebo je-li otcovství jiného muže pravděpodobnější. Je-li otcovství jiného muže pravděpodobnější, může tento být určen otcem.“

(3) Za dobu rozhodnou pro početí se považuje doba od 181 až do 302 dnů před narozením dítěte, včetně obou uvedených dnů. Lze však prokazovat, že k početí došlo i mimo tuto dobu.“

Náš nynější předpis § 54 odst. 2 ZR se odchýlil od předešlé právní úpravy ZPR v tom, že v něm pozůstává dovětek „... pokud jeho otcovství závažné okolnosti nevylučují.“ O výklad významu této legislativní změny jsem se pokusil svého času ve zvláštní stati.³¹⁾

V podstatě jsem se tehdy pokusil dovodit, že nemá-li odchylka textace být nějakým „uřeknutím“ zákonodárce, pak by bylo lze ji chápat i jako rozšíření možnosti vyvratitelnosti domněnky otcovství tak, že stačí i průkaz, že otcovství žalovaného je krajně pravdě nepodobné, zatímco otcovství jiného konkumbenta se jeví pravděpodobným.

Připouštím, že věc je dost pochybná, i když navíc by pro hořejší řešení bylo patrně možno argumentovat přes § 104 ZR článku VI, VII OZ č. 40/64 Sb.: Bylo by totiž asi zneužitím práva, když by někdo využil domněnky otcovství, žalovanému svědčící k prosazení nároku vůči němu, ač by expertíza anthropogenetická, gynaekologická či sexuologická dospěla k závěru, že dítě jen s mizivou pravděpodobností by mohlo pocházet z coitu s ním, zatímco by pozůstávala vysoká pravděpodobnost pro zplození dítěte jiným concumbentem, rovnající se prakticky jistotě.

³¹⁾ Viz J. Haderka: Vyvratitelnost domněnky otcovství v zákonu o rodině, Soc. zákonnost č. 3/64.

Jsem na rozpacích, zda by bylo žádoucí de lege ferenda připustit neomezenou komparaci pravděpodobností více concumbentů, neboť faktickým otcem může být klidně právě ten, u něhož pravděpodobnost je nižší. Pro mezní případy by však přece jen měl asi existovat korektiv, a nedá-li se dovodit interpretací, pak pomoc by mohla přinést jen lex ferenda. Aequitě by takové řešení rozhodně více odpovídalo a lze počítat s tím, že taková úprava spíše je také v souladu s tendencemi dalšího rozvoje medicínské expertízy na tomto úseku.

ИРЖИ ГАДЕРКА

ПЕРЕДОВАЯ ГЕНЕТИКА И НАШЕ СОВРЕМЕННОЕ СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

РЕЗЮМЕ

Статья посвящена следующим проблемам:

I. Предбрачные врачебные осмотры

Автор подчеркивает значение хорошего состояния здоровья для гармоничного и устойчивого брака. Поэтому он считает необходимым наличие такого правового регулирования, при котором обеспечивается (без излишнего вмешательства в интимную личную сферу) вступающим в брак знание состояния как собственного здоровья, так и здоровья его партнера. Он, однако, придерживается мнения, что действующая чехословацкая регламентация в этом отношении носит лишь характер *legis imperfectae* и не удовлетворяет в надлежащей мере требованиям современной генетики и медицины вообще. Автор отдает предпочтение более радикальному решению, при котором был бы введен обязательный врачебный осмотр с обязательным сообщением второму партнеру определенных, главным образом евгенически значимых диагнозов.

II. Лица с неопределенным полом

В этом разделе статьи автор рассматривает проблемы интерсексуальных лиц, т. е. гермафродитов, и лиц транссексуальных, опираясь при этом на свои предшествующие работы. Он уделяет здесь особое внимание их способности вступать в брак и, в частности, вопросу на основании каких предписаний и в каком порядке такие лица могут согласно действующим предписаниям (*de lege lata*) домогаться признания, что у них настало изменение пола, в частности после операции типа *sex-reassignment* или *sex-conversion*. Автор считает, что действующее чехословацкое право допускает возбуждение такого ходатайства в суде, но что перспективы на успех ясны лишь у некоторых типов гермафродитизма, но не при подлинном транссексуализме, когда, вероятно, нельзя изменить *биологическую принадлежность* даже средствами пластической хирургии.

III. Проблематика т. наз. обстоятельств, препятствующих заключению брака

В первую очередь здесь рассматривается проблематика *impedimenta consanguinitatis*. Автор приходит к заключению, что евгеническим соображением желательнее этот вид препятствия расширить вплоть до боковых родственников III и IV степени. Что касается *impedimentum deficientiae sanitatis*, то автор рекомендует расширить круг препятствий этого вида, чтобы не допускать браков не только лиц с приобретенным слабоумием (дементных), но и браков по опрометчивости вследствие неинформованности, ставящих под угрозу жизнь и здоровье потомства или жизнь другого супруга (нуптуриента). При наличии такого расширения суду следовало бы предоставить право разрешать по заслуживающим уважения причинам изъятия.

IV. Искусственное осеменение

Автор полагает, что уже нельзя впредь оставлять искусственное осеменение вне юридического регулирования (*praeter legem*) и что жизнь заставит его урегулировать, установив предпосылки, при наличии которых такой акт был бы юридически допустимым. По его мнению это правовое регулирование следовало бы построить на следующих началах: а) точно определить условия допустимости искусственного осеменения, независимо от того идет ли речь об осеменении *alb alieno* или *amarito*; б) искусственное осеменение должно допускаться лишь в отношении замужней женщины); в) оба супруга должны обладать полной дееспособностью; г) наличие согласия обоих супругов; д) бездетность или во всяком случае не многодетность брака к данному времени; е) брак должен обладать соразмерной устойчивостью; ж) *nasciturus* должен быть во всех отношениях уравнен в правах с детьми зачатыми естественным путем в браке; з) это правило должно распространяться не только на мать и ее супруга, но и на всех их родственников; и) надлежит урегулировать в некоторых отношениях и положение „донора“, в частности он не должен обладать какими-либо правами в отношении ребенка и должна сохраняться его анонимность.

V. Пределы презумпции отцовства ребенка, родившегося вне брака при судебном установлении отцовства

В этом разделе автор рассматривает вопрос не следует ли считать случайность коитуса основанием для неприменения презумпции отцовства и *de lege ferenda* дает отрицательный ответ, считая, что действующее чехословацкое право в этом отношении удовлетворительно.

Затем автор уделяет внимание вопросу следует ли на известных пределах в спорах об отцовстве осуществлять сравнение (*comparatio*) вероятности, имеющейся налицо в отношении нескольких конкубентов и полагает, что такое решение следует считать допустимым. Этот вывод, как и предшествующий, представляется ему соответствующим возможностям, которые дает праву современная медицинская экспертиза на поле гематологии, наследственно-антропологический анализ, данные гинекологии, андрологии и сексуологии, особенно в тех случаях, когда различия в вероятности весьма существенны.

J I Ř Í H A D E R K A

MODERN GENETICS AND OUR CONTEMPORARY FAMILY LAW

SUMMARY

The preceding essay deals with the following circuits of problems:

I. Pre-marriage Medical Examinations

The author stresses the importance of good health condition for the harmony and stability of marriage. Consequently he considers necessary a ruling that would ensure the betrothed the knowledge of his or her own state of health as well as of that of his or her partner without excessive interference into the intimate personality sphere. But he is of the opinion that the valid Czechoslovak legal ruling, which in this respect is but of *legis imperfectae* nature, does not meet in due measure the requirements of modern genetics and medicine in general. He prefers a more emphatic solution that would introduce compulsory medical examinations with obligatory disclosure of certain, in particular eugenically significant diagnoses, to the other betrothed.

II. Persons with Indeterminate Sexual Status

The article deals in this part with the problems of intersexual persons or hermaphrodites and transsexual persons and takes up the author's preceding studies in this respect. He concentrates in particular on their legal competency to contract marriage, and namely also on the question according to which regulations and

by which procedure de lege lata they might seek determination that they had undergone change of sex, especially after a sex-reassignment or sex-conversion type of operation. He considers that the valid Czechoslovak law allows the prosecution of such claim in court, but that success can be expected just in the case of some hermaphrodites and not in the case of a genuine transsexual, since his biological status can be hardly changed even by plastic surgery.

III. Problems of so-called Marriage Obstacles

The author discusses in the first place the impedimenta consanguinitatis problems and reaches the conviction that it might be desirable for eugenic reasons to extend this up to and including 3rd and 4th degree collaterals. With respect to impedimentum deficientiae sanitatis it is advisable to extend to a wider scope of cases to prevent not only marriages of mentally deficient people, but also marriages contracted out of uninformed imprudence leading to the life and health of the descendants or the life of the other betrothed to be put in jeopardy. But in this wider scope such obstacles should be dispensable by court decision on relevant grounds.

IV. Artificial Insemination

The author thinks that it shall not be possible to keep this intervention praeter legem, but to the contrary that practice will call for a legal definition of prerequisites making it legally permissible. In his opinion the ruling should be based on the following principles: a) the scope of medical indications for the intervention should be accurately defined, whether in case of insemination ab alieno or a marito, b) the intervention should be permissible to be carried out on a married woman alone, c) both husband and wife would have to be persons sui juris, d) consent of both would have to be necessary, e) their marriage should prove adequate stability, f) it should be either childless or not with more than one child, g) the nasciturus would have to enjoy the same legal status as a child born from the marriage in natural way, h) this would have to be applicable not only with respect to the mother and her husband, but also with respect to their relations, i) in some respects the legal status of the inseminate donor would have to be provided for, in particular that he would have neither rights nor obligations towards the child and that his anonymity should have to be observed.

V. Scope of Paternity Presumption to a Child Born outside Marriage in Court Paternity Determination

In this part the article deals with the point whether the fortunity of coition at the critical time should consitute the ground for not founding the paternity presumption and answers the question in the negative de lege ferenda and considers the valid Czechoslovak rule of law as quite adequate.

The author further discusses whether it is possible within certain limits to effect comparison of likelihoods bearing evidence to more concubents in a paternity suit and thinks that this should be admitted. This conclusion, just as the previous ones, appears to him to be in harmony with the possibilities made available to the law by modern medical expert evidence in the field of haematology, hereditary anthropological research, the sciences of gynaecology, andrology and sexuology, in particular for cases where differences in likelihood are very considerable.